Gehören zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne von § 380 StPO.

a) der Grundsatz ne bis in idem,
b) die Vorschriften über den Strafantrag,
c) die Vorschriften über die Verjährung?

Inaugural-Dissertation

verfaßt und der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Heinrich Nückel

aus Cöln.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Stettin
M. Bauchwitz, Buchdruckerei
1913.

Referent: Professor Dr. Fr. Oetker.

Verzeichnis der benutzten Bücher und Schriften.

I. Lehrbücher.

1. des Strafrechts.

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1895.

Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885.

Binding, Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1907.

Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 1904.

Hälschner, Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bd. I, 1881.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1912.

v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1912.

2. des Strafprozeßrechts.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichsstrafprozeßrechts, 1900.

Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898.

Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Bd. I, 1883, Bd. II, 1885.

v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts, 1892.

Rosenfeld, Der Reichsstrafprozeß, 1912.

Ullmann, Lehrbuch des Deutschen Strafprozeßrechts.

II. Erläuterungsbücher.

1. zum Strafgesetzbuch.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1908.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1912.

Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, 1892.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1879.

2. zur Strafprozeßordnung.

Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1907.

III. Abhandlungen.

1. in Einzelwerken.

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. III, 1909.

Beling, Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren im Strafprozeß, 1911.

Fuchs, Anklage und Antragsdelikte, 1873.

Goldschmidt, James, Materielles Justizrecht, 1905.

v. Kirchenheim, Die rechtliche Natur der Antragsdelikte, 1877.

Köhler, Die Lehre vom Strafantrag, 1899.

Lehmann, Zur Lehre vom Strafantrag, 1881.

Schmidt, Der § 380 der Deutschen Strafprozeßordnung, 1885.

2. in Sammelwerken.

Allfeld, Antrag und Ermächtigung in „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts", Allgemeiner Teil, Bd. II, 1908.

Heinze in v. Holtzendorff, Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, Bd. II, 1871.

Loening, Verjährung in „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts", Allgemeiner Teil, Bd. I, 1908.

Oetker, Strafantrag und Verjährung in „Aschrot & v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs", 1910.

Wach, Legislatorische Technik in „Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts", Allgemeiner Teil, Bd. VI, 1908.

3. in Zeitschriften.

v. Bar, Über die rechtliche Natur des Strafantrages, Goltd. Arch. 19, 641.

Eichhorn, Ne bis in idem und das Reichsgericht in GerS. 38, 401.

Eisler, Die Prozeßvoraussetzungen im Österreichischen Strafprozesse in Grünhut Z. 17, 587.

Finger, Tatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit, Goltd. Arch. 50, 32.

Francke, Das Deutsche Strafgesetzbuch und die Strafsachen aus Handlungen der Zeit vor dessen Gesetzeskraft in Goltd. Arch. 20, 14.

Glaser, Der Verbrauch der Strafklage in Grünhut Z. 12, 303.

Goldschmidt, Zur Strafgesetznovelle vom 19. Juni 1912, DJZ. 1912, 1315.

v. Risch, Über den rechtlichen Charakter der Kriminalverjährung in GerS. 36, 241.

v. Risch, Zur Frage der rechtlichen Konstruktion der Kriminalverjährung in ZStW. 9, 235.

Samuely, Zur Lehre von den Antragsdelikten in GerS. 32, 1.

Schmidt, Zur Lehre von der Zulässigkeit der Rechtsmittel in Goltd. Arch. 39, 265.

IV. Spruchsammlungen.

Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts Dresden.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, Goltdammer.

Deutsche Juristenzeitung und deren Spruchsammlungen.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Jahrbuch des Strafrechts und Strafprozesses, herausgegeben von Soergel & Krause.

Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen.

Rheinisches Archiv.

Sammlung von Entscheidungen des Königlichen Oberlandesgerichts München.

V. Gesetzentwürfe und deren Begründung.

Entwurf einer Strafprozeßordnung nebst Begründung in Anlage Nr. 7 zu den Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, II. Session.

Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung, 1909.

H a h n , Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 1880.

Erklärung der Zitate und Abkürzungen.

Die Schriften und Bücher sind zitiert mit dem Namen des Verfassers.

Kommen verschiedene Schriften des nämlichen Verfassers in Betracht, so ist bei dem Einzelwerk nur der Name des Verfassers genannt, bei seiner Abhandlung in einer Zeitschrift der Titel der letzteren hinzugefügt.

„Vorentwurf" und „Begründung" bedeuten den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und die Begründung zu diesem Vorentwurf.

Die Abkürzungen sind die nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentages jetzt allgemein gebräuchlichen; unter ERG. sind stets die Entscheidungen in Strafsachen gemeint.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549801_0110

Einleitung.

§ 1.

Entstehung des § 380 StPO.

Der im Oktober 1874 dem Deutschen Reichstage vorgelegte Entwurf einer Strafprozeßordnung kannte neben der Beschwerde nur noch ein Rechtsmittel: Die Revision, die gegen die Urteile der Schöffengerichte, Strafkammern und Schwurgerichte gegeben sein sollte (Hahn 39). Nachdem die Reichstagskommission sich für Einführung der Berufung gegen die Schöffengerichtsurteile entschieden hatte, ergab sich die Frage, ob nun auch die Revision gegen die von der Strafkammer in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile zulässig sein sollte. Das Gesetz hat sich für die Zulässigkeit dieser Revision in beschränktem Umfange entschieden und diese Beschränkung in § 380 StPO. dahin zum Ausdruck gebracht, daß die in der Berufungsinstanz erlassenen Urteile der Strafkammern wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren (außer der des § 398 StPO.) nicht angefochten werden können. Die Vorschrift verdankt ihren Ursprung einem in der Kommission gestellten Antrage des Abgeordneten Struckmann.

§ 2.

Begriff einer Rechtsnorm.

Der Ausdruck Rechtsnorm ist gleichbedeutend mit Gesetz im materiellen Sinne (§ 7 EGStPO. und § 376 Abs. 2 StPO.). Der Ausdruck ist gewählt wegen seiner möglichst umfassenden

Bedeutung; es kommt daher nicht auf den sachlichen Inhalt der Vorschrift an, also darauf z. B., ob sie dem öffentlichen oder bürgerlichem Rechte angehört, ebensowenig ist die Quelle der Vorschrift (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) von Bedeutung (vgl. ERG. 9, 300 a. E.). Namentlich gehören auch die aus dem Sinne und Zusammenhange der ausdrücklichen Normen sich ergebenden Folgerungen zu den Normen (vgl. v. Kries 670, Löwe 3 a zu § 376 StPO., ERG. 6, 238, Hahn I, 251 zu §§ 300 und 301 des Entwurfs).

§ 3.

Normen

über das Verfahren im Gegensatze zu materiellrechtlichen.

Der Ausdruck Rechtsnorm über das Verfahren findet sich in der Strafprozeßordnung außer in § 380 insbesondere auch in § 384 Abs. 2; es kann wohl keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß das Gesetz an beiden Stellen den Ausdruck in dem nämlichen Sinne gebraucht. Beide Vorschriften finden sich in dem gleichen Abschnitte, der von der Revision handelt, die Ausdrucksweise des § 380 StPO. hat sich offenbar angeschlossen an die Fassung der schon im Entwurf befindlichen Bestimmung des jetzigen § 384 Abs. 2. Danach stellt auch § 380 StPO. ebenso wie § 384 Abs. 2 die Rechtsnormen über das Verfahren in Gegensatz zu „anderen" Normen.

Diese anderen Normen können nur diejenigen des materiellen Rechts sein. Dieser Gegensatz ergibt sich schon aus dem Sprachgebrauch, und die Entstehungsgeschichte des § 380 StPO. ergibt auch, daß man von diesem Gegensatze ausgegangen ist (Hahn 1463—65). Der Antragsteller Struckmann bezeichnete als den Zweck seines Antrages die Beschränkung der Revisionsgründe auf das Gebiet des materiellen Strafrechts; der Abgeordnete Klotz betonte die Schwierigkeit der Unterscheidung der Rechtsnormen materiellen Rechts von solchen, welche das Verfahren betreffen; ebenso sprach Direktor v. Amsberg von der

Scheidung zwischen den das materielle Recht und den das Verfahren betreffenden Gesetzesverletzungen; Abgeordneter v. Schwarze betonte die Zulässigkeit der Revision im Interesse des materiellen Rechtes. Auch im Berichte der Kommission (Hahn 1584) ist vom Bedürfnis der Rechtseinheit in der Anwendung des materiellen Rechts die Rede im Gegensatz zu Prozeßvorschriften. Nach diesem Berichte haben die Regierungskommissarien es für bedenklich erachtet, zu unterscheiden zwischen den das materielle Recht und den das Verfahren betreffenden Gesetzesverletzungen.

Wenn der Antragsteller Struckmann den Normen über das Verfahren nur diejenigen des materiellen Strafrechts gegenüber stellen wollte, so hat dies im Gesetze keinen Ausdruck Ausdruck gefunden; hier kommen allerdings im Wesentlichen nur die Normen des materiellen Strafrechts in Betracht.

§ 4.

Verfahrensnormen begreifen sämtliche Prozeßvorschriften.

Normen über das Verfahren können für § 380 StPO. nur Normen über das Strafverfahren sein. Die Normen über das Verfahren, wenn sie in Gegensatz gestellt werden zu den materiellrechtlichen Normen, umfassen sämtliche Prozeßvorschriften. Dies ist hier deshalb zu betonen, weil die Verfahrensnormen verstanden werden können in weiterem und in engerem Sinne. Im weiteren Sinne umfassen sie die Vorschriften des materiellen und formellen Prozeßrechts, wie Schmidt (in Goltd Arch. 39, 266 ff.) die Einteilung bezeichnet. In engerem Sinne sind es nur die prozessualen Formvorschriften. Ausgehend von dieser Unterscheidung wird mehrfach behauptet, unter Normen des Verfahrens im Sinne von § 380 StPO. seien nur prozessuale Formvorschriften verstanden. Zu dieser, insbesondere von den Oberlandesgerichten Naumburg und Dresden wiederholt vertretenen Auffassung (Goltd Arch. 42, 51 und 52, 263 und Annalen

des Kgl. Sächs. OLG. zu Dresden Bd. 2, 525 und 496, Bd. 5, 98 und 215) leitet allerdings in etwas die Erwägung hin, daß bei Beratung des Gesetzes wiederholt das Bedürfnis nach Rechtseinheit bei den Prozeßvorschriften für geringer erachtet wurde, als bei den materiellrechtlichen Vorschriften. § 380 StPO. kann aber nach seinem Wortlaute nicht auf bloße Formvorschriften beschränkt werden, denn er zählt die Vorschrift des § 398 StPO. ausdrücklich zu den Normen über das Verfahren, und dieser § 398 enthält in Absatz 2 ein Verbot der reformatio in peius, das unmöglich als eine Formvorschrift aufgefaßt werden kann, da es von der Wirkung einer richterlichen Entscheidung handelt (vgl. Schmidt in Goltd. Arch. 39, 266/67). Wohl aber kann das Verbot der reformatio in peius zu den Normen über das Verfahren gezählt werden, weil hier die vom Richter innezuhaltende Strafgrenze nicht durch das materielle Recht, sondern durch eine bestimmte Lage des Prozesses bestimmt wird (vgl. OLG. Hamm in DJZ. 1908, 371).

Freilich würde durch eine Einschränkung des Begriffs Normen über das Verfahren auf die Formvorschriften eine Anzahl von mißlichen Wirkungen des § 380 StPO. vermieden werden. Die Gründe aber, die den Gesetzgeber vielleicht hätten veranlassen können oder sollen, von der gewählten Beschränkung der Revision abzusehen, können für die einengende Auslegung der nun einmal gegebenen gesetzlichen Vorschrift nicht verwandt werden.

Der Entwurf zu einer neuen Strafprozeßordnung enthält übrigens eine dem § 380 StPO. entsprechende Vorschrift nicht. (Vgl. in der Begründung die Vorbemerkung zum 4. Abschnitte des 3. Buches des Entwurfs S. 184; § 380 StPO. habe unersprießliche Streitigkeiten über die Grenzen zwischen dem formellen und materiellen Strafrechte zur Folge gehabt.)

Goldschmidt (59 ff. und DJZ. 1912 S. 1317) teilt die strafprozessualen Vorschriften ein, je nachdem sie bloß die Art und

Weise des Prozedierens regeln oder bestimmen, ob ein Prozeß überhaupt zulässig ist, erstere sollen nur die Formen der Strafrechtsausübung, letztere die Voraussetzungen der Strafrechtsausübung betreffen und die Normen über das Verfahren im Sinne von § 380 StPO. erschöpfen sich nach Goldschmidt in den Vorschriften über die Formen der Strafrechtsausübung. Für eine derartige Unterscheidung der prozessualen Vorschriften findet sich m. E. im Gesetze kein Anhalt und die dargelegte Entstehungsgeschichte des § 380 StPO. widerspricht dieser Unterscheidung geradezu.

Es bleibt also dabei, daß sämtliche prozeßrechtlichen Vor-Vorschriften unter dem Namen Rechtsnormen über das Verfahren den materiellrechtlichen gegenübergestellt werden.

§ 5.

Abgrenzung der materiellrechtlichen zu den prozeßrechtlichen Normen.

Es baut sich meiner Ansicht nach der Gegensatz zwischen materiellrechtlichen Normen und Normen über das Verfahren auf auf dem abgesehen von Loening (433) wohl allgemein anerkannten Gegensatze zwischen subjektivem Strafrecht (Strafanspruch) des Staates und dem staatlichen Klagerecht.

Auch die Begründung (268) stellt dem materiellen staatlichen Strafanspruch das staatliche Strafklagerecht gegenüber.

Den Strafanspruch erlangt der Staat aus dem Verbrechen, da sich dieses in letzter Linie, auch wenn in erster Linie ein einzelner Mensch verletzt ist, gegen den Staat als den Träger des Rechts und der Ordnung richtet (Bennecke-Beling 1). Das Strafklagerecht dient der Verwirklichung des Strafanspruchs und ist, wie Ullmann 6 sagt: „die Befugnis des Staates, die Tätigkeit der Gerichte zum Zwecke der Bewährung des behaupteten Strafanspruchs und Feststellung desselben im Urteile in Anspruch zu nehmen."

Der Strafanspruch besteht gegen einen Schuldigen, das Klagerecht gegen einen oft unschuldigen Verdächtigen (Finger 184, Bennecke-Beling 220, so auch Binding Hdb. 193).

Das materielle Recht befaßt sich mit dem staatlichen Strafanspruche, mit der Strafbarkeit einer Handlung, das Verfahrensrecht mit der Verwirklichung des Strafanspruchs, also mit der Verfolgbarkeit im Gegensatz zur Strafbarkeit einer Tat (vgl. Rosenfeld 35, v. Kries 8).

Die Begründung zu § 254 des Entwurfs zu einer neuen Strafprozeßordnung stellt auch ausdrücklich die Schuld- und Strafbarkeitsfrage (S. 167) in Gegensatz zur Frage der Verfolgbarkeit.

So klar und greifbar der hervorgehobene Unterschied auf den ersten Blick erscheint, so schwierig ist doch die Grenzziehung zwischen den Gebieten der Normen des materiellen Rechts und denen über das Verfahren.

Die Scheidung kann sich nicht etwa danach richten, in welchem Gesetzbuche sich die jeweils in Frage stehende Bestimmung findet, denn vielfach sind es rein praktische Erwägungen, die den Gesetzgeber bei der Auswahl der Gesetzesstelle bestimmen, zumal wenn Gesetze, wie beispielsweise Strafgesetzbuch und Strafprozeßordnung zu verschiedenen Zeiten entstanden sind; so enthält z. B. die Strafprozeßordnung in den Regeln über die Kosten §§ 497 ff. Normen, die ganz zweifellos dem materiellen Rechte angehören, während umgekehrt § 191 StGB. z. B. eine prozeßrechtliche Bestimmung enthält.

Besonders treten die Schwierigkeiten der Grenzziehung hervor auf dem Gebiete der Voraussetzungen für den staatlichen Strafanspruch einerseits und für dessen Verwirklichung andererseits; also für die Frage, ob es sich um Voraussetzungen der Strafbarkeit oder der Verfolgbarkeit handelt.

Mit v. Liszt § 44 III verstehe ich unter Voraussetzungen oder Bedingungen der Strafbarkeit äußere von der Straftat selbst

unabhängige, zu ihr hinzutretende Umstände, die die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs bedingen und unter Voraussetzungen der Verfolgbarkeit Prozeßvoraussetzungen, Umstände, die für die Geltendmachung des Anspruchs der Strafklage maßgebend sind (Bennecke-Beling S. 11).

Um solche Voraussetzungen, sei es des Strafanspruchs, sei es der Strafklage, handelt es sich in den drei hier zu betrachtenden Fragen, die mit dem Deliktstatbestande selbst nichts zu tun haben.

Gleichgiltig ist dabei, daß der Strafantrag ein Umstand ist, der vorliegen muß, während res iudicata und Verjährung Umstände sind, die nicht vorliegen dürfen.

Entscheidend ist dagegen nach dem oben Gesagten folgendes: Je nachdem das Vorliegen eines Strafantrages oder das Fehlen einer res iudicata bezw. der Verjährung Voraussetzungen sind für die Strafbarkeit oder die Verfolgbarkeit, je nachdem sind die Vorschriften über den Strafantrag, über die res iudicata und über die Verjährung Normen des materiellen Rechts oder solche über das Verfahren.

Wie Bennecke-Beling (11) sagt, „gehören die Bestimmungen über die Prozeßvoraussetzungen dem Strafprozeßrechte und die Bestimmungen über die Strafbarkeit dem Strafrechte an.“

§ 6.

Dazwischen keine gemischtrechtlichen Normen.

Rechtslehre und Rechtsprechung, auch soweit sie mit dem hier Ausgeführten die Strafbarkeit und Verfolgbarkeit unterscheiden, erkennen vielfach nicht an, daß eine Norm notwendig e n t w e d e r unter die Sätze betreffend das Strafrecht o d e r unter die Sätze betreffend das Klagerecht fallen müsse. Hier wird vielfach der insbesondere auch vom Reichsgericht verwertete Begriff gemischtrechtlicher Normen aufgestellt; diese

Normen sollen gleichzeitig einen strafrechtlichen und einen strafprozessualen Charakter aufweisen, sich also gleichsam zwischen die Normen des Strafrechtes und des Strafprozesses schieben. Glaser Hdb. I 279 spricht von Vorschriften, die ihrer inneren Natur nach materielles Recht sind, aber durch prozessuale Voraussetzungen und Wechselfälle bedingt; v. Bar 396 spricht von Sätzen des materiellen Rechts, die äußerlich im Gewande einer prozessualen Vorschrift erscheinen. Löwe 2 b zu § 380 StPO. kennt umgekehrt Rechtsnormen, „welche zwar dem Gebiete des Prozeßrechts, jedoch nicht ausschließlich angehören, sondern einen über dieses hinausgehenden gemischten Inhalt haben." Ich schließe mich der Ansicht der Schriftsteller an, die nur Normen entweder des Strafrechts oder des Strafprozeßrechts anerkennen und einer Verwischung der Grenzlinie zwischen diesen Normen widersprechen (Rosenfeld 36, Bennecke-Beling 11, v. Kries 9).

Für das Gebiet der Revision, um das es sich hier allein handelt, weist § 384 Abs. 2 jede einzelne Rechtsnorm „ganz abstrakt und ohne jede Rücksicht auf den Einzelfall" (Rosenfeld S. 261, § 91 Anm. 14) entweder in die Klasse der Normen über das Verfahren oder in die Klasse der „anderen Normen", die, wie ausgeführt, nur die materiellrechtlichen sein können.

Die von Beling 76/77 vorgeschlagene Einteilung zwischen äußeren und inneren Urteilsverstößen ist unvereinbar mit der der vom Gesetz nun einmal vorgeschriebenen Scheidung in materiellrechtliche und prozessuale Verstöße.

Das Reichsgericht verwendet wohl den Begriff der gemischtrechtlichen Normen dazu, um innerhalb der der Revision gezogenen Grenzen zur Erforschung der materiellen Wahrheit gelangen zu können; soweit nämlich die materiellrechtliche Seite einer Norm betont wird, brauchen die den Mangel enthaltenden Tatsachen nicht angegeben zu werden, und soweit die prozeßrechtliche Seite betont wird, hat das Revisionsgericht die

Möglichkeit, in das Gebiet der tatsächlichen Feststellungen hinüber zu greifen.

Die Annahme der Möglichkeit von gemischtrechtlichen Normen führt auch die aus § 380 StPO. entstehenden Fragen zu keiner Lösung. Die Zulässigkeit der Revision hinge dann wieder davon ab, ob die materiellrechtliche oder die prozeßrechtliche Seite der Norm als das Entscheidende betont wird, oder man müßte mit Löwe a. a. O. die Vorschrift des § 380 StPO. einengend nur auf die r e i n prozeßrechtlichen Vorschriften beziehen. Löwe stützt diese Auslegung mit der Behauptung, § 380 StPO. enthalte gegenüber §§ 376 und 377 StPO. eine Ausnahmevorschrift, und solche seien „strikt" auszulegen. Aber die Annahme, daß eine Ausnahmevorschrift vorliege, erscheint mir mehr oder weniger willkürlich: Wenn das Gesetz die Revision gegen zweitinstanzliche Urteile an strengere Voraussetzungen knüpft, als die Revision gegen Erkenntnisse der ersten Instanz, so brauchen damit doch die Vorschriften über das letztere Rechtsmittel nicht als die R e g e l angesehen zu werden gegenüber der Ordnung für den Angriff gegen die zweitinstanzlichen Urteile. Danach ist Löwe's Beweisführung selbst dann nicht zwingend, wenn man seinen Obersatz von der strikten Auslegung jeder Ausnahmevorschrift als richtig zugeben will.

Eine Norm, die ihrem Wesen nach dem Prozeßrecht angehört, kann allerdings materiellrechtliche Wirkung haben, dies hängt damit zusammen, daß der Strafanspruch zu seiner Verwirklichung des Strafprozesses stets bedarf, eine strafpozeßrechtliche Norm, die einen Strafprozeß hindert, macht den Strafanspruch zu einem wesenlosen Beriff; umgekehrt wirkt eine ihrem Wesen nach dem materiellen Strafrechte angehörige Norm insofern auf den Prozeß ein, als wenn von vorneherein feststeht, daß ein Strafanspruch nicht besteht und nie bestehen wird, auch ein Prozeß nicht eingeleitet werden soll.

Das Bestehen solcher Neben- oder Reflexwirkungen kann

aber das Aufstellen einer dritten Gattung von Normen nicht rechtfertigen.

§ 7.

Ineinandergreifen der Verstöße gegen materielles und Prozeßrecht.

Mit dem Ausschluß der Möglichkeit von gemischtrechtlichen Normen ist nicht ausgeschlossen die Möglichkeit, daß das angegriffene Urteil einen Verstoß gegen Normen über das Verfahren enthält, der veranlaßt ist durch einen Irrtum über eine „andere Rechtsnorm", also durch einen Irrtum über materielles Recht; es hat dies seinen Grund in dem Zusammenhang und dem Ineinandergreifen der verschiedenen Rechtsgebiete. In solchen Fällen muß als verletzt angesehen werden die Norm des Prozeßrechts, weil auf dieser Verletzung letzten Endes das Urteil beruht, während der Irrtum auf dem Gebiete des materiellen Rechts nur der rechtlich gleichgiltige Grund ist, aus dem in weiterer Folge die schließlich erfolgte Normverletzung entstanden ist, entsprechend verhält es sich, wenn ein Verstoß gegen materielles Recht veranlaßt ist durch einen Irrtum über eine prozeßrechtliche Norm (so auch v. Kries 577, Schmidt 59—61 und DJZ. 1905, 368). Anderer Ansicht ist Löwe in Note 2 c zu § 380 StPO. aber nur für den einen Fall des prozessualen Verstoßes auf Grund irrtümlicher Auffassung materiellrechtlicher Bestimmungen; er will offenbar das Anwendungsgebiet des § 380 StPO. in jeder Weise beschränken, da er in dieser Vorschrift „einen der erheblichsten Mißgriffe" des Gesetzgebers findet.

§ 8.

Ergebnis.

Für mich gibt es nach alledem für die Beantwortung der zu behandelnden Fragen nur ein Entweder Oder: Mit res iudicata, mit dem Fehlen des Strafantrages, mit der Verjährung fehlt

entweder der staatliche Strafanspruch oder nur dessen Verfolgbarkeit; je nachdem gehören

a) der Grundsatz ne bis in idem,

b) die Vorschriften über den Strafantrag,

c) die Vorschriften über die Verjährung

zu den Normen des materiellen Rechts oder zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne von § 380 StPO.

I. Abschnitt.

Gehört der Grundsatz ne bis in idem zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne des § 380 StPO.?

§ 9.

Bedeutung und Geltung des Satzes.

Der Grundsatz besagt, daß die einmal auf Grund eines gesetzmäßig durchgeführten Prozesses rechtskräftig abgeurteilte Strafsache nicht abermals Gegenstand gerichtlicher Entscheidung sein darf (Ullmann 627, Rosenfeld 243, Bennecke - Beling 408, Kries 601, Löwe 28 a zu Buch 2 Abschn. 1, Glaser in Grünhut's Ztschr. Bd. 12 S. 304. Glaser Hdb. II 63), oder, wie das Reichsgericht (8, 138) sagt: „Das ne bis in idem bedeutet, daß nach einem in Strafsachen auf Verhandlung ergangenen, rechtskräftig gewordenen, richterlichen Erkenntnisse der Gegenstand der zur Aburteilung gelangten Tat wider dieselbe Person nicht von neuem strafrechtlich verfolgt werden darf, soweit nicht die Bestimmungen über Wiederaufnahme der Untersuchung modifizierend einwirken."

Der Satz bezeichnet also die Wirkung der materiellen Rechtskraft einer Entscheidung (res iudicata), während die formelle Rechtskraft nur besagt, daß ein Urteil durch Rechtsmittel nicht mehr angegriffen werden kann.

Zur Abgrenzung des Themas darf wohl ausdrücklich bemerkt werden, daß hier nicht in Frage stehen die Wirkungen der Rechtshängigkeit. Von dem Satze ne bis in idem kann nur die Rede sein, wenn eine bereits entschiedene nicht erst anhängige

Strafsache vorliegt (RG. 29, 178, RGRspr. 5, 30, Eichhorn in GerS. 38, 401).

Der Grundsatz ne bis in idem in dem oben wiedergegebenen Sinne ist anerkannten Rechtens. Ausdrücklich ausgesprochen findet er sich, abgesehen vielleicht von § 415 StPO., im Gesetze nicht, er wird nur gefolgert aus anderen ausdrücklichen Gesetzesvorschriften; insbesondere aus §§ 263, 264 StPO., auch erklärt sich eine besondere Regelung der Wiederaufnahme des Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten, nur daraus, daß, abgesehen von den in § 402 StPO. genannten Fällen, eine Erneuerung der Klage nicht zulässig ist (vgl. RG. 2, 348).

Endlich erwähnen die Motive zum Entwurf der Strafprozeßordnung den Grundsatz als bestehend ausdrücklich an zwei Stellen, nämlich zu § 223 und zu § 337 des Entwurfs (Hahn 207 und 271).

Nach § 2 der Abhandlung ist der Satz, obgleich im Gesetz nicht ausgesprochen, sondern nur daraus gefolgert, eine Rechtsnorm im Sinne des § 380 StPO. Nach den §§ 5 und 9 fragt sich, ob die res iudicata den Strafanspruch erledigt oder die Strafklage verbraucht.

Über diese Frage herrscht Streit.

§ 10.

Rechtslehre und Rechtsprechung.

Die Rechtslehre mit Ausnahme vielleicht von Löwe ist darüber einig, daß die res iudicata lediglich eine negative Prozeßvoraussetzung ist. Bennecke-Beling 409 begründet dies mit dem Hinweise darauf, daß eine rechtskräftige Verurteilung den Unschuldigen nicht zum Verbrecher machen könne, und daß eine rechtskräftige Freisprechung den Strafanspruch nicht vernichte. Dieser Gedanke ist bei Beling 90 weiter ausgeführt: Ein Unschuldiger könne nicht erst aus einer rechtskräftigen Freisprechung ein materielles Schutzrecht gewinnen, da ihm ein

solches doch seine Unschuld verleihe, und noch weniger könne man von einem solchen Rechte bei der Verurteilung eines Unschuldigen reden.

v. Kries 501 sagt, daß durch ein verurteilendes Erkenntnis der Strafanspruch nicht verbraucht werde. Schmidt (54 und in GoltdArch. 39, 265) weist darauf hin, daß das ebenfalls auf den Wirkungen eines Urteils beruhende Verbot der reformatio in peius in § 380 StPO. ausdrücklich zu den Rechtsnormen über das Verfahren gerechnet werde. Ullmann (626), Glaser (in Grünhut's Ztschr. 12, 303) und Hdb. II, 62, Meyer-Allfeld (264), Rosenfeld (243, Anm. 2), Binding (Hdb. 194) nehmen sämtlich einen Verbrauch der Strafklage durch rechtskräftiges Urteil an, ohne die Nichtzugehörigkeit des Satzes zum materiellen Strafrecht näher zu begründen.

Die Rechtsprechung (zunächst der Oberlandesgerichte) steht teilweise auch auf dem Standpunkte, daß durch die rechtskräftige Aburteilung nur die Strafklage verbraucht sei; so Kammergericht (in KGJ. 6, 167) sowie Goltdammer's Archiv (46, 384), Cöln in DJZ. 1905, 368 und vor allem Breslau (in Goltd. Arch. 56, 100). In diesem Urteil wird die rein prozessuale Natur des Grundsatzes betont, die folgen soll aus der wesentlich negativen Bedeutung der res iudicata im Strafprozesse.

Daß der Grundsatz ausschließlich materiell rechtlicher Natur sei, besagt wohl keine Entscheidung höherer Gerichte.

Löwe nimmt einen gemischtrechtlichen Charakter an. Er bezeichnet in der Vorbemerkung VI zum ersten Abschnitt des zweiten Buches als Wirkung des Satzes ne bis in idem das Erlöschen der Strafklage durch Verbrauch und spricht dort auch nur von einem Untergange des Klagerechts, rechnet dann aber in Note 2 c zu § 380 StPO. den Grundsatz zu den gemischtrechtlichen Normen.

Einen Doppelcharakter des Grundsatzes nehmen desgleichen

folgende Oberlandesgerichte an: München (OLG. München St. 1, 492), Breslau (Goltd. Arch. 50, 332), Darmstadt (Soergel & Krause 2. Jahrg. S. 266), außerdem das Bayrische OLG. Soergel & Krause 2. Jahrg. 266, 3. Jahrg. 209).

Was nun die Rechtsprechung des Reichsgerichts angeht, so wird, soviel ich ermitteln konnte, nur an einer Stelle (RGRspr. 6, 145) gesagt, daß der Grundsatz ne bis in idem r e i n prozessualer Natur sei und nicht dem Strafrechte angehöre. Sonst sagen die Urteile übereinstimmend, in den verschiedensten Wendungen, daß der Satz dem Prozeßrechte angehöre, ohne ihn aber ausschließlich diesem Rechtsgebiete zuzuweisen, z. B. heißt es in den Entscheidungen 2, 212 und 347; 3, 212 und 437; 7, 35 6; 15, 11; 21, 80; 29, 178, die Strafklage sei verbraucht oder konsumiert, in den Entscheidungen 7, 34; 8, 135; 9, 15; Rspr. 5, 702 der Grundsatz stehe der weiteren V e r f o l g u n g entgegen. In den späteren Entscheidungen 25, 29; 35, 369; 41, 152; 43, 61 wird dem Grundsatz ein gemischter Charakter zugesprochen, er soll also sowohl dem materiellen wie dem Prozeßrechte angehören; in den Entscheidungen 3, 385 und Rspr. 3, 344 wird der Satz dem materiellen Prozeßrecht angehörig bezeichnet.

§ 11.

Stellungnahme.

Meiner Ansicht nach gehört der Satz ausschließlich dem Prozeßrechte an.

Zunächst kann hierfür nach § 5 der Abhandlung nicht ausschlaggebend der Umstand sein, daß das Bestehen des Grundsatzes gefolgert wird aus Vorschriften, die sich in der StPO. befinden.

Mit Recht kann man dagegen mit Schmidt a. a. O. folgendes erwägen: Das in § 398 Abs. 2 StPO. enthaltene Verbot der reformatio in peius gibt dem Urteil der Strafkammer relative Rechtskraft, wenn dieses Verbot nun in § 380 ausdrücklich zu den

Normen über das Verfahren gerechnet wird, so ist es nur folgerichtig, die in dem Satze ne bis in idem ausgesprochene weitergehende Wirkung des absolut rechtskräftigen Urteils auch unter die Verfahrensnormen zu rechnen.

Entscheidend ist für mich folgendes: Der Satz hat mit der Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten und dem Bestehen oder Fehlen des staatlichen Strafanspruchs nichts zu tun, er schiebt nur, wie es vielfach ausgedrückt wird, einem neuen Verfahren den Riegel vor. Dies gilt sowohl, wenn die vorausgegangene erste rechtskräftige Entscheidung auf Verurteilung, wie wenn sie auf Freisprechung lautet, und gleichgiltig, ob sie materiell richtig oder unrichtig ist.

Eine objektiv richtige rechtskräftige Verurteilung tilgt noch nicht die Schuld des Täters, die Schuld bleibt bestehen und ebenso der aus der Schuld sich ergebende Strafanspruch des Staates, denn letzterem wird nicht genügt, also die Schuld gesühnt durch den Urteilsspruch und seine Rechtskraft, sondern erst durch die Verbüßung der Strafe.

Das objektiv richtige freisprechende Urteil tilgt auch den Strafanspruch nicht, sondern stellt fest, daß ein solcher nicht bestanden hat; es kann den Anspruch nicht tilgen, weil er nicht vorhanden war, wohl aber wird das Strafklagerecht getilgt; denn ein solches gab es (anders als der Strafanspruch) auch gegenüber dem Unschuldigen (Finger 184 und Bennecke-Beling 220).

Lautet die Entscheidung auf Freisprechung und ist dieses Urteil objektiv unrichtig, so bleibt der Strafanspruch, wenn auch ohne Wiederaufnahme undurchführbar, bestehen.

Die objektiv unrichtige Verurteilung kann auch den nicht vorhandenen Strafanspruch nicht erst tilgen.

In allen denkbaren Fällen ist mithin für den Strafanspruch das ergangene Urteil nicht tilgend, rein deklaratorisch (vgl. Bennecke-Beling 409).

Auf diesem Wege rechtfertigt sich theoretisch auch am leichtesten die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil geschlossenen Verfahrens zu Ungunsten des Angeklagten. Denn wenn der Strafanspruch des Staates durch ein freisprechendes Urteil getilgt würde, worauf beruhte alsdann diese Möglichkeit? Man kann doch z. B. im Falle des § 402 Nr. 4 StPO. nicht annehmen, daß durch das Geständnis des Freigesprochenen ein neuer Strafanspruch geschaffen wird, oder der getilgte Anspruch wieder auflebt. Nimmt man dagegen an, daß durch ein freisprechendes Urteil nur das Klagerecht des Staates konsumiert wird, während der Strafanspruch, wenn auch für gewöhnlich als ein undurchführbarer, weiter besteht, dann wird durch die eine Wiederaufnahme ermöglichenden Umstände das Klagerecht des Staates neu geschaffen, mit Hilfe dessen alsdann der bestehen gebliebene Anspruch verwirklicht wird. Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist, wie schon der Name sagt, eben nur eine Ausnahme von dem Grundsatze ne bis in idem als einem prozeßrechtlichen Grundsatze.

Tilgt hiernach eine rechtskräftige Aburteilung niemals den staatlichen Strafanspruch, so besagt auch der Satz ne bis in idem der die Wirkung dieser Aburteilung ausspricht, nicht, daß der Strafanspruch verbraucht sei, er kann also nur bedeuten, daß das Strafklagerecht verbraucht sei; ein Anspruch dieses letzteren Inhalts aber bildet nach § 5 eine Norm über das Verfahren.

Einen gemischtrechtlichen Charakter des Grundsatzes kann ich nach dem in § 6 Ausgeführten entgegen dem Reichsgerichte nicht annehmen. Das materielle Schutzrecht, das der Satz ne bis in idem dem Täter verleihen soll, liegt allein darin, daß der Täter nicht zum zweiten Mal bestraft werden kann, dies ist aber nur eine Folgeerscheinung davon, daß dem Täter gegenüber das Strafklagerecht verbraucht ist. Übrigens wiegt nach dem Urteil 41, 152 auch für das Reichsgericht der prozeßrechtliche Charakter vor, denn es will im Falle des Vorliegens einer res iudicata das

Verfahren eingestellt wissen, nach dem in § 14 Auszuführenden hat das Urteil aber nur dann auf Einstellung zu lauten, wenn es an einer Prozeßvoraussetzung, nicht wenn es am Strafanspruch mangelt.

Die Annahme eines zugleich materiellrechtlichen Charakters verwendet das Reichsgericht wohl deshalb, insbesondere in der Entscheidung 35, 369, um den Schutz des Satzes ne bis in indem einem Angeklagten auch dann zuteil werden zu lassen, wenn nur eine materiellrechtliche Rüge vorliegt und nicht die spezielle Rüge einer Verletzung des fraglichen Grundsatzes.

Gleichgiltig ist schließlich, aus welchen Gründen der Instanzrichter zur Bejahung oder Verneinung der res iudicata gelangt ist, ob er z. B. zu Unrecht eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung oder Identität des Verhandlungsgegenstandes angenommen hat, immer hat er im Endergebnis den Grundsatz ne bis in idem, also eine Norm über das Verfahren verletzt. Gleiches gilt nach § 7 auch dann, wenn der ursprüngliche, ursächliche Irrtum auf zweifellos materiellem Rechtsgebiet liegt; das angegriffene Urteil hat z. B. über Einzelhandlungen entschieden, die bei richtiger Auffassung gesetzliche Merkmale eines bereits rechtskräftig abgeurteilten fortgesetzten Deliktes bilden würden, dann liegt ein Irrtum über den Begriff des fortgesetzten Deliktes vor, also eine Verkennung des materiellen Strafrechts, die aber nur den Verstoß gegen die prozeßrechtliche Norm verursacht hat.

Nach alledem gehört der Grundsatz ne bis in idem zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne des § 380, also ist eine auf seine Verletzung gegründete Revision gegen ein Urteil der Strafkammer in der Berufungsinstanz unzulässig.

II. Abschnitt.

Gehören die Vorschriften über den Strafantrag zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne von § 380 StPO.?

§ 12.

Begrenzung der Frage.

Über den Begriff des Strafantrages kann nicht gestritten werden; es ist im Gegensatz zur bloßen Strafanzeige (§ 156 Abs. 1 StPO.) die Willenserklärung einer bestimmten Person dahin gerichtet, daß gegen den Täter eines bestimmten Deliktes wegen dieser Tat strafrechtlich eingeschritten werden soll. An sich können, wenn bei der Urteilsfindung ein Strafantrag in Frage kommt, 2 Fragen entstehen: Erstens ist die zur Aburteilung stehende Tat ein Antragsdelikt? Zweitens, bei Bejahung der ersten Frage, liegt ein rechtsgültiger Strafantrag vor?

Eine der ersten Fragestellung entsprechende Frage kann bei dem Grundsatze ne bis in idem und bei den Vorschriften über die Verjährung nicht auftauchen; denn da es keine Straftat gibt, die mehrmals abgeurteilt werden dürfte oder die den Wirkungen der Verjährung entzogen wäre, so braucht dort immer nur gefragt zu werden, ob res iudicata oder Verjährung vorliegt.

Aber auch die Vorschriften über den Strafantrag begreifen für meine Aufgabe nur diejenigen Normen, die für jeden Strafantrag als solchen gelten, ich darf sie die allgemeinen Normen über den Strafantrag nennen. Die Frage aber, ob im Einzelfalle ein Antragsdelikt vorliegt, gehört nicht zu den Vorschriften über

den Strafantrag, sondern in die Lehre von den einzelnen Delikten. Bei diesen ist im Strafgesetzbuch jedesmal ausdrücklich bestimmt, ob es sich um ein Antragsdelikt handelt.

Die allgemeinen Vorschriften über den Strafantrag finden sich teils in der Strafprozeßordnung, teils im Strafgesetzbuche; und zwar handelt die Strafprozeßordnung von dem Strafantrage in den §§ 127, 130, 156, 259 und 502, das Strafgesetzbuch enthält in den §§ 61—65 eine zusammenhängende Regelung und drückt bei den einzelnen Antragsdelikten das Erfordernis eines Antrages regelmäßig mit der insoweit unter die allgemeinen Vorschriften fallenden Formel aus. „Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein." Außerdem enthalten die §§ 102, 103, 104, 170, 182, 189, 195, 196, 232 und 288 StGB. besondere Vorschriften über die Berechtigung zur Antragstellung.

Allerdings sprechen auch die §§ 4 und 5 StGB. von einem Antrage. Es gehört aber der in § 4 Nr. 3 erwähnte Antrag einer ausländischen Behörde nicht zu den Strafanträgen im technischen Sinne, denn die §§ 61 ff. StGB. finden auf ihn nach der herrschenden Meinung keine Anwendung (vgl. Frank III zu §§ 4, 5) und der in § 5 Nr. 3 StGB. genannte nach ausländischem Rechte erforderliche Antrag des Verletzten gehört nicht zu den Strafanträgen im Sinne der deutschen Strafgesetzgebung, da er sich nach ausländischem Rechte richtet (vgl. Frank a. a. O.).

Von den Bestimmungen der Strafprozeßordnung scheiden für die Betrachtung die §§ 127 und 130 insoweit aus, als auf deren Verletzung nicht ein mit der Revision angegriffenes Urteil beruhen kann.

Wenn aber auch die §§ 4 und 5 StGB. sowie §§ 127 und 130 StPO. hinsichtlich ihrer Natur ob materiellrechtlich oder prozeßrechtlich nicht betrachtet zu werden brauchen, so können sie doch, was hier zum Überfluß bemerkt werden mag, zu einer Beweisführung hinsichtlich der übrigen Vorschriften herangezogen werden.

§ 13.

Die Formel: Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein, ist prozeßrechtlicher Natur.

Bei den einzelnen Antragsdelikten sagt das Strafgesetzbuch, wie schon bemerkt, regelmäßig: „die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein." Die erste Frage geht nun nach dem in §§ 5 und 8 Ausgeführten dahin, ob das Gesetz mit diesen Worten eine Strafbarkeitsbedingung oder eine Prozeßvoraussetzung setzt, ob also der Strafantrag die Strafbarkeit oder die Verfolgbarkeit bedingt, je nachdem ist das Verlangen des Strafantrages alsdann materiellrechtlicher Natur oder gehört zu den Normen über das Verfahren.

Die Natur des Strafantrages ist aber der Gegenstand einer in der Rechtslehre und Rechtsprechung noch nicht ausgetragenen Streitfrage. Drei verschiedene Ansichten werden hier wieder vertreten. Die eine rechnet die den Strafantrag verlangenden Normen zu den prozeßrechtlichen, die zweite zu den materiellrechtlichen Vorschriften, die dritte Ansicht endlich nimmt einen gemischtrechtlichen Charakter an.

Die überwiegende Meinung geht dahin, daß der Strafantrag nicht eine Bedingung der Entstehung des materiellen staatlichen Strafanspruchs, vielmehr eine solche der Entstehung des staatlichen Strafklagerechts ist (vgl. Begründung 268), ebenso sagt Goldschmidt für die allerjüngste Zeit (DJZ. 1912, 1316), es sei heute herrschende Ansicht, daß der Strafantrag Prozeßvoraussetzung sei.

Ich schließe mich dieser herrschenden Ansicht an.

§ 14.

Begründung aus gesetzlicher Vorschrift.

Die erste Frage muß sein, ob es gesetzliche Bestimmungen gibt, die für meine Entscheidung beweisend sind.

Solche finde ich in § 259 Abs. 2 StPO. und in § 64 Abs. 2

StGB. An beiden Stellen ist als Folge des Fehlens des Strafantrages, das sich in der Hauptverhandlung herausstellt, bestimmt, daß die Einstellung des Verfahrens auszusprechen ist.

Diese Einstellung kann nur verstanden werden im Gegensatz zur Freisprechung; denn nach dem klaren Wortlaute des § 259 Abs. 1 StPO. kann das die Hauptverhandlung abschließende Urteil (abgesehen von der Verurteilung) nur lauten auf Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens. Ein Urteil, das auf Einstellung lautet, ist nun ein Formalurteil und beendigt nur das Prozeßverhältnis. Dies ist die durchaus herrschende Meinung (vgl. Rosenfeld 237, Bennecke-Beling 393 und 396, Ullmann 487/488, v. Kries 578 und 582 ff., v. Liszt 199, Meyer-Allfeld 268). Demgegenüber führt Birkmeyer (666 ff.) allerdings aus, die Strafprozeßordnung kenne überhaupt keine Formalurteile; ein Urteil auf Einstellung des Verfahrens sei zu erlassen, wenn das angebliche Delikt des Angeklagten zwar gegeben sei, ein staatlicher Strafanspruch daraus aber entweder nicht entstanden oder wieder untergegangen sei, das Einstellungsurteil sei also auch Sachurteil, und nicht nur eine Entscheidung über eine Prozeßvoraussetzung. Der Behauptung, daß die Strafprozeßordnung nur Sachurteile kenne, widersprechen aber die §§ 429 und 458 StPO., zwei gesetzliche Bestimmungen, die den Erlaß eines Urteils vorschreiben, wenn das Verfahren nicht in der richtigen Prozeßart eingeleitet ist, das Verfahren also an dem Mangel einer Prozeßvoraussetzung krankt und daher abzubrechen ist; dies gibt Birkmeyer auch selbst zu. Gerade um die in § 259 Abs. 1 Satz 1 StPO. ausgesprochene Regel, daß, wenn ein Verfahren einmal bis zur Hauptverhandlung gediehen ist, es stets auch zu einem Urteil kommen muß — eine Ausnahme bildet allein § 270 StPO. — durchführen zu können, hat das Gesetz in § 259 Abs. 1 Satz 2 StPO. die Urteile auf Einstellung des Verfahrens geschaffen. Es mangelt auch, wie Bennecke-Beling (396 Anm. 16) hervorhebt, an jedem sachlichen Grunde bei Ur-

teilen, die den Strafanspruch verneinen, neben der freisprechenden Entscheidung eine weitere Unterabteilung zu schaffen, welche die auf Einstellung lautenden Sachurteile umfassen soll.

Mit der allgemeinen Meinung nehme ich also an, daß das Gesetz, wenn es eine Einstellung des Verfahrens im Gegensatz zur Freisprechung anordnet, damit ausgesprochen wissen will, daß nur das schwebende Prozeßverhältnis beendigt sei.

Aus der Vorschrift des § 259 Abs. 2 StPO. folgt mithin, daß der Strafantrag nur eine Prozeßvoraussetzung ist.

Auf dem hier vertretenen Standpunkt steht auch der Entwurf zu einer neuen Strafprozeßordnung. Sein § 254 sagt: „Im Urteil kann nur auf Verurteilung, Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens erkannt werden. Auf Einstellung ist zu erkennen, wenn die Tat nicht verfolgbar ist, insbesondere, wenn der zur Verfolgung erforderliche Antrag fehlt. Und die Formel der Einstellung des Verfahrens soll nach der Begründung alle Fälle umfassen, in denen die Tat „nicht verfolgbar" ist, „also jedes außerhalb der Schuld- und Strafbarkeitsfrage liegende rechtliche Hindernis der Verurteilung."

Hervorzuheben ist ferner, daß die §§ 127 und 130 StPO. die vorläufige Festnahme und den Erlaß eines Haftbefehls bei Antragsdelikten gestatten, bevor der Antrag gestellt ist. Diese Sicherungsmaßnahmen sind stets nur gestattet gegenüber Verdächtigen, das heißt, es muß der Verdacht vorliegen, daß der Fall eines staatlichen Strafanspruches gegeben ist. Dieser Anspruch muß also nach der Meinung des Gesetzes auch dann gegeben sein, wenn es an dem für die Verwirklichung des Strafanspruchs erforderlichen Strafantrag fehlt.

Wenn weiterhin § 262 Abs. 3 die Frage nach dem Strafantrage von der Schuldfrage nicht ausdrücklich ausschließt, so hat man diese Ausschließung nach den Motiven (Hahn 205) für selbstverständlich gehalten.

Einen weiteren Beweisgrund für meine Auffassung ergibt

§ 69 Abs. 2 StGB., diese Bestimmung gehört aber zu den Vorschriften über die Verjährung und ist deshalb dort zu erläutern.

Nicht beweisend sind allerdings für meine Auffassung — entgegen vielfach vertretenen Ansichten — folgende aus gesetzlichen Bestimmungen gezogene Schlüsse:

Vorab gehört hierhin der Wortlaut des § 61 StGB., der ebenso wie die Formel bei den Einzeldelikten die Strafverfolgung ausschließt. Daß das Strafgesetzbuch den Ausdruck Strafverfolgung nicht als einen technischen Begriff für die Ausübung des Strafklagerechts gebraucht, vielmehr auch den Mangel des Strafanspruchs dahin ausdrückt, daß die Verfolgung ausgeschlossen sei, ergibt sich beispielsweise aus der Fassung des § 55 StGB.; denn der Grund für die Straffreiheit des Strafunmündigen liegt meines Erachtens doch nicht in der Prozeßunfähigkeit des Täters, da er auch nicht bestraft werden kann, nachdem er prozeßfähig geworden ist (vgl. Frank I zu § 55); freilich ist auch diese Ansicht lebhaft bestritten. Wie wenig technisch der Ausdruck Verfolgung ist, geht auch aus § 65 StGB. hervor, der von dem Antrage auf Bestrafung redet. Ferner spricht § 4, Abs. 2 von der Verfolgung der im Auslande begangenen Straftaten. Es kann aber kein Zweifel darüber bestehen, daß hier eine materiellrechtliche Vorschrift gegeben ist und bestimmt wird, wann aus den im Auslande begangenen Handlungen für den inländischen Staat ein Strafanspruch erwächst (vgl. v. Kries 8 und ERG. 31, 123 und Rspr. 8, 51), nach welchen Urteilen bei dem von einem Deutschen im Auslande begangenen Verbrechen die Geschworenen und nicht das Gericht zu befinden haben, ob die Voraussetzungen des § 4 StGB. gegeben sind.

Ist hiernach die Fassung in § 61 StGB. nicht beweisend für meine Auffassung, so lautet dagegen der § 71 im Vorentwurf eines neuen Strafgesetzbuches dahin: „Macht das Gesetz die Verfolgung einer strafbaren Handlung von einem Antrage abhängig.“ Dadurch ist der Strafantrag allerdings ganz deutlich

als Prozeßvoraussetzung und nicht als Strafbarkeitsbedingung charakterisiert (Oetker 289). In der Begründung (268) wird dies auch als Zweck der Neufassung bezeichnet.

Wenn § 5 Nr. 3 StGB. auch die „Verfolgbarkeit" einer Handlung bedingt sein läßt durch einen Strafantrag, so ist schon darauf hingewiesen, daß es sich bei dieser Bestimmung gar nicht um einen Strafantrag im Sinne des deutschen Strafgesetzbuches handelt.

Aus Artikel III des Gesetzes vom 26. Februar 1876 ist für die Stellungnahme des Gesetzgebers zu der Streitfrage über die Natur des Antrages auch nichts zu entnehmen. Allerdings wird hier bestimmt, daß bei den Handlungen, welche vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begangen sind, das Erfordernis des Antrages nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen ist, mit anderen Worten, daß für diese früheren Handlungen es beim Erfordernis des Antrages bleibt. Hieran könnte sich folgende Argumentation knüpfen: Wenn der Strafantrag eine Voraussetzung der Schuldbarkeit ist, dann ist dasjenige Gesetz, welches das frühere Erfordernis des Strafantrages beseitigt, das strengere und dann hätte es der Vorschrift des Artikel III im Hinblick auf § 2 StGB. gar nicht bedurft, wohl aber sei diese Bestimmung notwendig, wenn die Normen über den Strafantrag dem Prozeßrechte angehören, weil prozeßrechtliche Vorschriften regelmäßig keine rückwirkende Kraft haben. Der Artikel III hatte aber nach seiner Entstehungsgeschichte (vgl. Olshausen S. 32 Anm. 1) wohl nur den Zweck, aus praktischen Gründen die Streitfrage auszuschalten, die sich an § 2 StGB. bezüglich der Antragsdelikte geknüpft hatte, nämlich ob die Einführung des Antragserfordernisses das Gesetz zu einem „milderen" macht (vgl. Frank IV zu § 2, Liszt § 19 II, Finger 142).

Diese Streitfrage ist übrigens jetzt mit Bezug auf die Novelle vom 19. Juni 1912 von neuem entstanden (vgl. DJZ. 1912, 1294 bis 1296 und 1315 ff.).

Den gesetzlichen Vorschriften, die nach Vorstehendem tatsächlich m. E. für die Natur des Strafantrages als Prozeßvoraussetzung sprechen, stehen keine Vorschriften gegenüber, aus denen man Gegenteiliges folgern könnte, wonach dann ein sicherer Schluß aus den von mir angerufenen Bestimmungen sich nicht ziehen ließe.

Der einzige Umstand, der sich aus dem Gesetze für die Natur des Antrages als einer Strafbarkeitsvoraussetzung verwerten ließe, ist die Stellung der zusammenhängenden Regelung der Strafantragsvorschriften in dem Abschnitte des Strafgesetzbuches, der überschrieben ist: „Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern", zusammen z. B. mit den Strafausschließungsgründen der Unzurechnungsfähigkeit und Notwehr. Diese Unterbringung der Normen über den Strafantrag im vierten Abschnitt beruht aber lediglich auf einer „Inkorrektheit bei der Redaktion des Strafgesetzbuches", wie auch das Reichsgericht (ERG. 6, 153) hervorhebt. In dem Vorentwurfe erscheint daher der Strafantrag nicht mehr in dem Abschnitt Strafausschließungs- und Milderungsgründe, sondern in einem besonderen Abschnitte.

Alle diese Erwägungen würden freilich hinfällig werden, wenn ein Beweismoment dafür vorhanden wäre, daß das Gesetz gerade für das Anwendungsgebiet des § 380 StPO. die Vorschriften über den Strafantrag — wenn auch grundsatzwidrig — nicht zu den Normen über das Verfahren gerechnet wissen wollte. Ein solches Beweismoment könnte nur die Entstehungsgeschichte des § 259 Abs. 2 StPO. abgeben. Aus dieser kann aber gegen die hier vertretene Ansicht nichts gefolgert werden. Der Absatz 2 des § 219 des Entwurfs, der dem § 259 des Gesetzes entspricht, ordnete allerdings an, daß bei Mangel eines erforderlichen Strafantrages die Einstellung des Verfahrens d u r c h B e s c h l u ß auszusprechen sei (Hahn 30) und in der Kommissionssitzung vom 19. Oktober 1876 wurden auf den Antrag des Abgeordneten Dr. v. Schwarze die Worte „durch Beschluß" ge-

strichen, nachdem der Antragsteller seinen Vorschlag damit begründet hatte, es solle die Einstellung im Wege des Urteils erfolgen, damit gegen dieses das Rechtsmittel der Revision gegeben sei. Hieraus könnte man folgern, daß bei Einstellung des Verfahrens infolge fehlenden Antrags die Revision stets zulässig sein sollte, auch wenn die Strafkammer als Berufungsgericht das Verfahren einstellt, daraus ergäbe sich dann, daß ein Verstoß gegen die Norm, die einen Antrag erfordert, kein Verstoß gegen die Normen über das Verfahren im Sinne von § 380 StPO. wäre. Diese Schlußfolgerung erscheint aber nicht zwingend, da die Beschränkung der Revision gegen zweitinstanzliche Urteile in § 380 StPO. für sich geregelt ist und bei Abänderung des jetzigen § 259 StPO. nicht berücksichtigt worden ist, obwohl diese Beschränkung bei Abänderung des § 259 schon geschaffen war (Hahn 1496). Beide Bestimmungen gehen selbständig neben einander her (vgl. Schmidt 43).

§ 15.

Begründung aus allgemeinen Gesichtspunkten.

Die Folgerung, die ich aus den ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes ziehe, rechtfertigt sich meines Ermessens auch aus folgenden allgemeinen Gesichtspunkten:

Vorab kann die S c h u l d eines Täters, seine Verantwortlichkeit nicht wohl von dem äußeren Umstande abhängen, ob der Verletzte einen Strafantrag stellt und ob der Verletzte damit bekundet, daß er die Tat als Zufügung eines Übels empfunden hat. Wenn nun zu der Schuld ein äußerer, von der Willkür eines Dritten abhängiger Umstand hinzutreten muß, so ist schwer anzunehmen, daß die Entschließung eines Dritten d a f ü r entscheidend ist, ob aus der nämlichen Tat ein staatlicher Strafanspruch entsteht oder nicht entsteht; damit würde man den Verletzten gleichsam zum Strafgesetzgeber machen (vgl. Samuely 4). Durchaus begreiflich ist es aber, daß der Staat seine Ent-

schließung, ob er seinen entstandenen Anspruch verwirklichen will, in besonders gearteten Fällen von der Erklärung des Nächstbeteiligten, des Verletzten abhängig macht.

In dieser Richtung kann die Auffassung mit der Zeit leicht wechseln und daraus erklärt sich, daß das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, das spätere Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich gegenüber dem preußischen die Anzahl der Antragsdelikte vermehrte, die Novelle von 1876 sie wieder beschränkte und die Novelle von 1912 neue einführte. Dagegen werden die Ansichten darüber, ob eine Handlung gegen die Rechtsordnung verstößt, nicht so rasch wechseln, daß man hieraus das stete Auf und Ab der Gesetzgebung in den letzten 40 Jahren erklären könnte.

§ 16.

Die herrschende Meinung.

Die hier vertretene Ansicht ist, wie schon hervorgehoben, die herrschende. Sie vertritt vor allem die Begründung zum Vorentwurf (268), indem dort hervorgehoben ist, daß die Neuformulierung des § 71 des Vorentwurfs geltendes Recht nur in klarer Formulierung bringen will. v. Kries (10), Allfeld (168), Rüdorff-Stenglein (N. 3 zu § 61), Bennecke-Beling (224), Rosenfeld (35), Schmidt (37) und Berner (324) sehen desgleichen in dem Strafantrage eine Prozeßvoraussetzung, indem sie sich hierbei auf die im Vorgehenden erörterten gesetzlichen Bestimmungen stützen. Ullmann (23), Koch (Goltd. Arch. 19, 164), Oetker (289) und Hamm (DJZ. 1912, 1296 Anm. 1) bezeichnen auch den Antrag als Voraussetzung der Strafklagebefugnis, ohne aber ihren Standpunkt eingehender zu begründen.

v. Liszt (200), Frank (I und II zu § 61), Finger (188 und in Goltd. Arch. 50, 46) sowie Meyer-Allfeld (268 ff.) endlich teilen theoretisch die Antragsdelikte in zwei Gruppen ein, je nach den Umständen, die eine Gesetzgebung bewegen könnten, die

Verfolgung einer Straftat von der Anregung einer Privatperson abhängig zu machen. In die erste Gruppe sollen solche Straftaten fallen, bei denen ein Eingreifen des Staates wesentlich im Interesse des Verletzten stattfindet, und die erst dann für den Staat von Bedeutung werden, wenn der Verletzte durch seinen Strafantrag kund tut, daß er sich verletzt fühle; dies würde z. B. zutreffen bei Beleidigung; hier würde sich der Antrag als Bedingung der Strafbarkeit darstellen. Zur zweiten Gruppe sollen Antragsdelikte gehören, an deren Bestrafung die öffentliche Rechtsordnung von Anfang an ein Interesse hat, welches Interesse sie aber zurücksetzt mit Rücksicht auf den Verletzten, der durch den „strepitus fori" von neuem geschädigt werden würde; ein Beispiel hierfür wäre die Verführung; in diesen Fällen würde der Antrag nur Prozeßvoraussetzung sein. Die genannten Schriftsteller sind aber darüber einig, daß sich diese Unterscheidung gegenüber der Gestaltung des Antragsrechtes im Gesetze nicht aufrechterhalten läßt, nach diesem vielmehr der Strafantrag stets Prozeßvoraussetzung ist.

Was die Rechtsprechung angeht, so hat das Reichsgericht in einem einzigen Urteile (Rspr. 1, 182) den Strafantrag zu den Bedingungen der Strafbarkeit gezählt, seitdem steht der höchste Gerichtshof aber ständig auf dem Standpunkte, daß der Strafantrag prozeßrechtlicher Natur sei, und zwar rein prozeßrechtlicher, und mit dem materiellen Strafrechte nichts zu tun habe: In Rspr. I, 616 wird gesagt, daß der Strafantrag nicht zum Tatbestande gehöre, sondern nur Voraussetzung der Verfolgung sei; daselbst 3, 407 heißt es: „Es ist vielmehr die Tat und die durch dieselbe begründete Schuld des Täters von dem Strafantrage unabhängig, und nur die Möglichkeit, den Täter zur Bestrafung zu ziehen, erscheint bei den Antragsdelikten durch den Antrag des Verletzten bedingt"; in Rspr. 6, 332 wird darauf hingewiesen, daß der Mangel eines rechtswirksamen Strafantrages die Schuld des Täters nicht beseitige. Dieser Standpunkt wird in ERG. 6,

162 eingehend begründet und daß das Reichsgericht hierbei verharrt, ergibt die Entscheidung in Band 43, 61, wo der Antrag als ausschließliche Prozeßvoraussetzung bezeichnet ist.

In älteren Entscheidungen bezeichnen das Kammergericht (KGJ. I, 169/170) und das Oberlandesgericht München (Sammlung 2, 349 und 526) den Antrag als prozeßrechtliche Norm; weitere Urteile, die auf demselben Standpunkte stehen, finden sich bei Schmidt (39 ff.) angegeben. Neuerdings haben folgende Oberlandesgerichte sich für die hier vertretene Ansicht ausgesprochen: Rostock (Goltd. Arch. 54, 104), Oldenburg (DJZ. 1904, 176), Colmar (Spruchsammlung 1906 und Soergel-Krause 1910), Cassel (Goltd. Arch. 37, 79) und Breslau (Goltd. Arch. 56, 99 und 50, 332).

§ 17.

Vertretung der materiellrechtlichen Natur des Strafantrages.

Materiellrechtliche Natur des Strafantrages findet in der Rechtslehre folgende Vertretung:

Nach v. Bar (Goltd. Arch. 19, 645) und im wesentlichen ebenso nach v. Kirchenheim (65—67 und 81) bestraft der Staat gewisse Rechtsverletzungen nur dann, wenn sie von dem Antragsberechtigten „als ein die öffentliche Sühne heischendes Unrecht empfunden werden“ und dies Empfinden sich in Stellung eines Strafantrages bekundet, sodaß vor dessen Stellung eine Straftat überhaupt nicht vorliegt, die Tat vielmehr für den Staat nur „auf dem Gebiete des Zivilrechts oder der Sittlichkeit liege.“

Diese Konstruktion findet sich zunächst nicht ab mit den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, die auf eine prozeßrechtliche Natur des Strafantrags hinweisen. Sodann baut sie sich auf dem Vordersatze auf, daß die Stellung oder Nichtstellung des Antrages das Anzeichen dafür sei, ob der Betroffene die Tat als eine Verletzung empfunden habe oder nicht; sie paßt also nicht auf die im Leben immerhin nicht seltenen Fälle, in

denen der Strafantrag aus ganz anderen Beweggründen als aus dem Gefühle des Verletztseins gestellt wird, z. B. aus Rachsucht; ebenso kann der Strafantrag unterbleiben, obgleich der Betroffene sich verletzt fühlt, weil er sich z. B. hat abfinden lassen. Sonach paßte die Konstruktion ausnahmslos nur dann, und wäre also nur dann beweisend für die materiellrechtliche Natur, wenn sich ein Anhalt dafür fände, daß d a s G e s e t z davon ausgeht, es sei die Stellung des Strafantrages stets und ohne Rücksicht auf die Lage des Einzelfalles der Ausdruck für die Empfindung des Verletztseins. Hierfür fehlt es aber im Gesetze an jedem Anhalt.

Köhler (12 ff.) sagt: „Rein materiellrechtlicher Natur ist dagegen der Antrag, wenn ohne ihn die Bestrafung ausgeschlossen ist, und zwar ist er hier seinem Wesen nach materiellrechtlicher Natur." Dieser Behauptung ist aber entgegenzuhalten (vgl. Finger in Goltd. Arch. 50, 42), daß der vom Gesetze gewollte Erfolg der Straflosigkeit in einzelnen Fällen dadurch erreicht werden kann, daß das Gesetz die Möglichkeit abschneidet, Klage zu erheben. Mit der Unmöglichkeit einer Bestrafung ist also noch nichts dargetan hinsichtlich der Natur der einzelnen Voraussetzung für die Bestrafung, es ist vielmehr zu untersuchen, welchen Weg das Gesetz eingeschlagen hat, um beim Fehlen der Voraussetzung das Ziel der Nichtbestrafung zu erreichen. Ich glaube dargetan zu haben, daß das Gesetz beim Antrag dies Ziel durch Versagung des Klagerechts erreicht hat.

Samuely (1 ff.) führt aus, „durch die Begehung des Antragsdeliktes entstehe zwar ein Strafanspruch, aber ein solcher mit bedingter Verfolgbarkeit", daß aber die Normen, „welche eine bestimmte Voraussetzung für die Entstehung der Verfolgbarkeit eines Strafanspruchs festsetzen, zweifellos dem materiellen Strafrechte angehören." Weiterhin soll aber die Strafbarkeit selbst eine dem Strafanspruch „innewohnende Potenz, eine ihm immanente Kraft" bilden und ein Strafanspruch ohne Verfolgbarkeit rechtlich bedeutungslos sein. Mit Recht wirft

dann aber Risch (252) diesen Ausführungen einen inneren Widerspruch vor. Einmal soll der Strafanspruch durch den Strafantrag nicht bedingt sein, wohl aber die Verfolgbarkeit, es soll aber einen Anspruch ohne Verfolgbarkeit nicht geben. Wie kann nun ein Anspruch unbedingt sein, wenn ein wesentlicher Bestandteil von ihm bedingt ist?

In der Rechtsprechung hat das Bayrische Oberste Landesgericht (Spruchsammlung 1909 und 1911), sowie Soergel-Krause 1907) verschiedentlich betont, daß die Vorschriften über den Strafantrag dem materiellen Rechte angehören; die Begründung war mir nicht zugänglich. Die älteren oberlandesgerichtlichen Entscheidungen finden sich bei Schmidt (40 ff.) aufgeführt; die hiervon mir allein zugänglichen Urteile des Oberlandesgerichts Dresden erklären sich wohl aus der Auffassung, daß unter Normen über das Verfahren im Sinne des § 380 StPO. lediglich Formvorschriften zu verstehen seien.

§ 18.

Vertretung der gemischtrechtlichen Natur des Antrages.

Zu der Annahme einer gemischtrechtlichen Natur des Antrages gelangen folgende Rechtslehrer:

Hälschner (I, 711) erkennt an, daß eine Bestimmung, die die gerichtliche Verfolgung bestimmter Straftaten von dem Antrage des hierzu Berechtigten abhängig macht, zunächst prozessualer Natur sei; dem materiellen Strafrechte sollen die Normen über den Strafantrag aber gleichzeitig angehören, weil „in Ermangelung des Antrages das Delikt straflos bleiben soll." Ähnlich v. Schwarze (N. 1 zu § 61) und Fuchs (33 ff.).

Diesen Ausführungen gegenüber kann ich auf meine Darlegung gegenüber Köhler verweisen.

v. Bar (298) geht jetzt davon aus, daß der Antrag seinem Wesen nach ein Institut des materiellen Rechtes ist und daß seine

gleichzeitige Eigenschaft als Prozeßvoraussetzung nur dazu dienen soll, den materiellen Zweck des Gesetzgebers um so besser erreichen zu können."

Soweit v. Bar eine materiellrechtliche Seite des Antrages annimmt, scheint er an dieser Auffassung aus den schon früher erörterten Gründen festzuhalten.

Binding (Hdb. 661) konstruiert die gleichzeitige materiellrechtliche Seite des Strafantrags in folgender Weise: Für die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs sei das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten bei den Antragsdelikten ein Nebengrund, und dessen Vorhandensein werde durch die Stellung des Antrags behauptet und voll bewiesen. Wie der Strafantrag aber nicht unwiderleglich das Gefühl des Verletztseins beweist, so braucht er auch nicht der Ausdruck eines staatlicherseits zu berücksichtigenden Genugtuungsbedürfnisses zu sein, z. B. vorwiegende aus anderen Umständen entsprungene Rachsucht.

Olshausen (Anm. 1 zu § 61) sagt: „Die materielle Bedeutung des Antragserfordernisses liegt darin, daß die Strafpflicht des Staates bei den Antragsdelikten zweifach, sowohl durch die verbotene Handlung als auch durch den Antrag des dazu Berechtigten bedingt ist" und nachdem er die prozeßrechtliche Natur des Antrages anerkannt hat, fährt er fort: „Die Regelung des Antragsrechts beruht hiernach auf dem Gedanken, daß das Vorliegen eines im Gesetz erforderten, materiell zwar nicht die Entstehung des Verbrechens, wohl aber des Strafanspruches bedingenden, sog. Strafantrages formell die Voraussetzung der Strafverfolgung bildet.

Hierin kann ich eine Beweisführung dafür, daß der Strafantrag auch materiellrechtlicher Natur sei, nicht finden; denn das Gesetz kann die Strafpflicht des Staates auf doppeltem Wege beschränken, indem es entweder die Entstehung des Strafanspruches oder die Verfolgbarkeit an bestimmte Voraussetzungen knüpft; also ist mit dem Satze, daß der Antrag die Strafpflicht

bedinge, noch nicht bewiesen, daß damit der Strafanspruch und nicht bloß dessen prozessuale Geltendmachung bedingt ist.

Hierbei darf ich wohl auch darauf Bezug nehmen, daß Liszt (200 Anm. 3) die Annahme einer gemischtrechtlichen Natur des Antrags eine „sehr wenig klare Ansicht" nennt.

§ 19.
Ergebnis.

Hiernach enthält die Vorschrift des Gesetzes „die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein" eine Rechtsnorm über das Verfahren im Sinne von § 380 StPO., nämlich eine Prozeßvoraussetzung.

Die hier allein zu betrachtende Rüge einer Verletzung dieser Norm kann nur dahin gehen, daß der Instanzrichter zu Unrecht das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines rechtsgiltigen Strafantrages angenommen habe, während die andere mögliche Rüge, daß das angegriffene Urteil zu Unrecht die Tat als Antrags- oder Offizialdelikt charakterisiert habe, nach dem zu § 12 Ausgeführten außerhalb meiner Betrachtung bleibt.

Für meine Aufgabe ist nun unerheblich, ob die weiteren bereits aufgezählten einzelnen Vorschriften (mit Ausnahme von §§ 259 Abs. 2 und 502 StPO.), die das Gesetz über den Strafantrag gibt, für sich allein betrachtet dem materiellen oder dem Prozeßrechte angehören; es wird allerdings auch von solchen Schriftstellern, die auf dem Standpunkte stehen, daß das Antragserfordernis prozeßrechtlicher Natur sei, behauptet, daß von diesen einzelnen Vorschriften einige zum materiellen Strafrechte gehören, z. B. der erste Satz des § 61 StGB. (vgl. Lehmann 16 und 23/24). Auf diese Einzelbetrachtung kommt es deshalb nicht an, weil die Verletzung einer solchen etwa materiellrechtlichen Norm stets nur der Grund war, der geführt hat zu der irrigen Bejahung oder Verneinung eines Strafantrages, also zur Verletzung einer Norm über das Verfahren. Einer Einordnung

unter das materielle oder das Prozeßrecht bedürfen also nicht folgende Vorschriften:

a) § 65 und die Einzelvorschriften im besonderen Teile des Strafgesetzbuches, die bestimmen, wer der Antragsberechtigte ist,

b) § 61 StGB., der sagt, wann ein Antrag rechtzeitig gestellt ist,

c) § 62 StGB., der die Fristversäumung nur wirken läßt gegen den einzelnen säumigen Antragsberechtigten,

d) § 63 StGB., der die Unteilbarkeit des Antrages bestimmt in dem Sinne, daß der gegen einen Teilnehmer gestellte Antrag die Verfolgbarkeit auch gegen die übrigen Teilnehmer oder einen Begünstiger eröffnet,

e) § 64 Abs. 1 StGB., der die Möglichkeit einer Zurücknahme eines einmal gestellten Antrages begrenzt, also feststellt, ob trotz der Zurücknahme die Prozeßvoraussetzung noch gegeben ist,

f) § 64 Abs. 2 StGB., insoweit er bestimmt, daß die Zurücknahme eines Strafantrages in dem nämlichen Sinne unteilbar ist, wie dessen Stellung,

g) § 156 Abs. 2 StPO., der die Formvorschriften enthält, die beobachtet sein müssen, damit der Antrag als solcher gelten kann.

Ich darf hier nochmals betonen, daß nach meiner Auffassung die nähere Erläuterung der angeführten Einzelbestimmungen außerhalb des Rahmens der Aufgabe liegt; denn es ist nicht zu erwägen, ob die einzelnen Vorschriften über den Strafantrag für sich betrachtet Normen über das Verfahren darstellen, sondern ob sie dies im Sinne des § 380 StPO. sind, also ob eine Revision, die sich stützt auf die Behauptung, es sei eine der fraglichen Einzelvorschriften verletzt, damit die Verletzung einer Norm über das Verfahren rügt, und diese Frage bejahe ich für alle bisher aufgeführten Normen, weil eben die

Verletzung der Einzelnorm letzten Endes führt zur Verletzung der prozeßrechtlichen Norm, wonach die Verfolgung im Einzelfalle nur auf Antrag, d. h. auf einen rechtsgiltigen Antrag hin erfolgen durfte (vgl. auch OLG. Rostock in Goltd. Arch. 54, 104).

Die unrichtige Anwendung der vorerwähnten Einzelnormen kann ihrerseits nun wieder ihren Grund haben in der irrigen Auffassung der Norm eines anderen Rechts, z. B. des Zivilrechts, um ein Beispiel zu nennen: Der Antrag ist nicht vom Antragsberechtigten persönlich gestellt, und der Instanzrichter hat irrtümlich angenommen, daß dem Antragsteller die Berechtigung zur Vertretung gefehlt habe (vgl. OLG. Rostock a. a. O.), allerletzten Endes wird auch hier gerügt die Verletzung der Vorschrift: Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ein ferneres Beispiel für die Einwirkung eines auf dem Gebiete des Zivilrechts beruhenden Irrtums würde der Fall ergeben, daß der Instanzrichter den Begriff der Geschäftsunfähigkeit verkannt und damit den § 65 StGB. verletzt hat (vgl. ERG. 34, 98).

Zu erörtern bleibt nicht, ob § 259 Abs. 2 StPO. eine Norm über das Verfahren im Sinne des § 380 StPO. ist, soweit diese Bestimmung vorschreibt, daß bei Fehlen des Strafantrages eine Einstellung des Verfahrens zu erfolgen hat; denn insoweit enthält die Gesetzesstelle keine Vorschrift über den Strafantrag, sondern eine Vorschrift über die Formulierung des entscheidenden Teiles eines Urteils, liegt also außerhalb des Themas. Ebenso enthält § 502 StPO. nur eine Vorschrift über die Kostenverteilung.

Hiernach komme ich zu dem Ergebnis:

Die Vorschriften über den Strafantrag gehören zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne des § 380 StPO.

III. Abschnitt.

Gehören die Vorschriften über die Verjährung zu den Rechtsnormen über das Verfahren im Sinne des § 380 StPO.?

§ 20.

Die Verfolgungsverjährung tilgt den Strafanspruch.

§ 66 StGB. bestimmt: Durch Verjährung wird die Strafverfolgung und die Strafvollstreckung ausgeschlossen.

Das Gesetz unterscheidet also zwischen der Verjährung der Strafverfolgung und der der Strafvollstreckung. Nur die erstere kann hier in Betracht kommen. Die rechtliche Natur dieser Verjährung ist äußerst bestritten, auch hier trifft man wiederum auf drei verschiedene Ansichten.

Ich entscheide mich dafür, daß die Norm des § 66 StGB. über die Verfolgungsverjährung dem materiellen Strafrecht angehört. Ich nehme nämlich an, daß mit dem Eintritt der Verjährung nicht die Verfolgbarkeit des Deliktes, sondern der staatliche Strafanspruch erlischt. Die Handlung selbst kann allerdings als eine der Vergangenheit angehörige Tatsache ebensowenig untergehen wie deren Eigenschaft als strafbare Handlung, es ist vielmehr nur der Anspruch, dessen sich der Staat nach einem gewissen Zeitraume begibt. Der Vorentwurf läßt in § 94 Verbrechen, Vergehen und Übertretungen verjähren, indem er damit dem Bedenken Wach's Rechnung trägt, daß die Strafverfolgung als eine prozessuale Handlung streng genommen nicht verjähren kann (Begründung 396 Anm. 3; Wach 32). Als verjährtes Delikt ist aber mit Loening (380) hier zu verstehen eine Straftat, über die die Verjährung dahin gegangen ist, nicht etwa eine infolge Zeitablaufs aus der Welt gebrachte Handlung.

§ 21.

Begründung aus allgemeinen Gesichtspunkten.

Eingeführt ist die Strafverfolgungsverjährung zweifellos aus kriminalpolitischen Zweckmäßigkeitserwägungen, und als solche erscheinen die Beweisvergänglichkeit, die freilich nur die Strafverfolgung auszuschließen brauchte, vor allem aber das mit der Zeit absterbende Strafbedürfnis (Oetker 312). Es liegt in der Natur der Dinge begründet, daß im Laufe der Zeit mehr und mehr das Reaktionsbedürfnis gegen eine Übeltat schwindet, wie Finger (572) sagt „die Wunde, die das Verbrechen geschlagen hat, ist geheilt, die Tatsache, daß das Verbrechen begangen wurde, ist aus dem Gedächtnis geschwunden." Mit dem geschwundenen Reaktionsbedürfnis ist dann eine Vorbedingung für das Bestehen eines staatlichen Strafanspruches entfallen; die Tat löst keine Reaktionspflicht mehr aus.

Mit Loening (a. a. O.) läßt sich für den mit der Verjährung eintretenden Wegfall des Strafanspruchs auch die Zwecklosigkeit einer verspäteten Strafe anführen. Der Strafanspruch verliert nämlich die Berechtigung, wenn seine Durchführung nur führen kann zur Verhängung einer Strafe, die ihren Zweck nicht mehr zu erfüllen vermag. Zweckentsprechend kann aber nur sein eine Strafe, die der Tat möglichst auf dem Fuße folgt, hierüber wird, mag man sonst über den Zweck der Strafe noch so sehr streiten, kein Zweifel bestehen können. Zweckwidrig ist also eine Strafe, die erst nach langer Zeit erfolgt, und eine zwecklose Strafe soll nicht nur nicht vollstreckt, sie soll auch nicht verhängt werden.

§ 22.

Begründung aus gesetzlicher Vorschrift.

Ergibt hiernach Wesen und Zweck der Verjährung, daß der staatliche Strafanspruch und nicht nur das Klagerecht getilgt wird, so findet dies Ergebnis seine Bestätigung durch die gesetzlichen Bestimmungen.

Der Umstand, daß § 66 die Verjährung der Strafverfolgung und der Strafvollstreckung in einem Satz zusammenstellt, läßt darauf schließen, daß beide Einrichtungen unter denselben Gesichtspunkt fallen, daß, wie Risch (249) sagt, ein augenscheinlicher Parallelismus zwischen beiden vorliegt und daß der Erfolg bei beiden der nämliche sein soll; dieser gemeinsame Erfolg kann nur in dem Untergange des staatlichen Strafanspruchs durch Zeitablauf bestehen, da das Strafklagerecht im Falle der Vollstreckungsverjährung ja bereits ausgeübt ist und nicht mehr untergehen kann (vgl. Frank II zu § 66 StGB.) und da außerdem in § 79 StGB. die Vollstreckungsverjährung der Verbüßung einer Strafe gleichgestellt ist, die Verbüßung tilgt aber unzweifelhaft den Strafanspruch.

§ 67 StGB. bemißt die Verjährungsfristen je nach Höhe der auf die Tat angedrohten Strafe, also nach der Schwere der Tat. Diese Abmessung läßt auch darauf schließen, daß der für das Gesetz maßgebende Grund nicht in der allmählichen Beweisverdunkelung zu finden ist; denn die Möglichkeit einer solchen Verdunkelung braucht nicht notwendig im Verhältnis zur Schwere der Tat zu stehen. Ein geringfügiger Umstand kann ein wichtiges Beweismittel für einen Mord sein und leicht dem Gedächtnis entschwinden, während für einen groben Unfug die Beweise sich jahrelang erhalten können.

Die Strafprozeßordnung gibt auch keine dem § 259 Abs. 2 StPO. entsprechende Bestimmung für die Verjährung, wozu der Gesetzgeber wohl Veranlassung gehabt hätte, wenn er der Verjährung dieselbe Wirkung beimäße wie dem Fehlen des Strafantrags.

Dagegen hat es die Strafprozeßordnung für nötig erachtet, die Voraussetzungen der Verjährung von der Schuldfrage in § 262 Abs. 3 ausdrücklich auszuschließen und damit auch der Entscheidung der nach § 81 GVG. nur mit der Schuldfrage befaßten Geschworenen zu entziehen (vgl. ERG. 23, 328), was nicht not-

wendig gewesen wäre, wenn das Gesetz durch den Eintritt der Verjährung nur das Klagerecht für ausgeschlossen gehalten hätte; denn dann wäre die Ausschließung von der Schuldfrage wie beim Strafantrage selbstverständlich gewesen. Zwingend ist freilich diese Beweisführung nicht, denn das Gesetz kann auch aus praktischen Gründen etwas Selbstverständliches noch besonders ausdrücken. Ein solch praktischer Grund könnte hier in dem Umstande gefunden werden, daß, wie das Reichsgericht (ERG. 2, 221) ausführt, Rückfall und Verjährung in engerer Beziehung zur Tat selbst stehen, als der Strafantrag.

Eisler (Grünhut's Ztschr. 17, 611) sieht für den deutschen Strafprozeß in der ausdrücklichen Erwähnung der Verjährung durch § 262 Abs. 3 StPO. gerade den ausschlaggebenden Grund für deren prozeßrechtlichen Charakter.

Sprechen hiernach gesetzliche Vorschriften für den Untergang des Strafanspruches, so gibt es andererseits keine solchen, die für die prozeßrechtliche Natur der Verjährung sprechen.

Zunächst kann aus dem Wortlaute der einschlägigen Bestimmungen kein Beweisgrund für die etwa vom Gesetz gewollte prozeßrechtliche Natur der Verjährung hergeleitet werden. Allerdings ist in §§ 66 ff. von dem Ausschlusse und der Verjährung der Straf*verfolgung* die Rede. Daß der Wortlaut des Gesetzes in diesem Punkte aber nicht maßgebend ist, glaube ich in den Ausführungen zum Strafantrage dargetan zu haben.

Da, wie schon betont, nicht die Tat selbst, auch nicht als eine strafbare Tat durch die Verfolgungsverjährung untergehen kann, so spricht gegen den angenommenen Untergang des Strafanspruchs durch Verjährung nicht die Tatsache, daß die Verjährung auch zugunsten nur *eines* Teilnehmers ablaufen und auch nur zum Nachteile eines Teilnehmers unterbrochen werden kann (§ 68 Abs. 2 StGB.). Aus der bestehen bleibenden strafbaren Handlung entspringt ein Strafanspruch gegen jeden einzelnen Teilnehmer, und dieser Einzelanspruch hat und kann bezüglich der Verjährung sein eigenes Schicksal haben.

Nach § 67 Abs. 4 soll die Verjährung beginnen mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den eingetretenen Erfolg. Nun gibt es aber Delikte, vor allem Fahrlässigkeitsdelikte, die erst strafbar werden, bei denen der staatliche Strafanspruch erst entsteht mit dem Eintritt eines bestimmten Erfolges. Man könnte aus der bezogenen Bestimmung also gegen die hier vertretene Ansicht einwenden, ein Strafanspruch könne doch unmöglich durch Verjährung in Fortfall kommen, bevor er überhaupt entstanden sei. Dieser vermeintliche innere Widerspruch besteht aber in Wahrheit nicht, denn mit der gemeinen Meinung (vgl. ERG. 5, 282; 9, 152; 21, 229; 26, 262; Binding, Grundriß 305, und in GerS. 68, 21/22) ist § 67 Abs. 4 dahin zu verstehen, daß die Verjährung beginnt mit dem Tage, an dem die s t r a f b a r e Handlung begangen und damit also der Strafanspruch entstanden ist.

Wenn nach dieser Ansicht vorsätzliche Delikte schneller verjähren als fahrlässige, so liegt darin keine Ungerechtigkeit, denn mit der Begründung (402) ist darauf hinzuweisen, daß die Einrichtung der Verjährung nicht aus Rücksicht auf den einzelnen Täter eingeführt ist, sondern, um im öffentlichen Interesse die Durchführung des Strafanspruches zu hindern. Im übrigen findet auch insofern eine Ausgleichung statt, als die Verjährungsdauer bei einem Vorsatzdelikt länger ist als bei einem fahrlässigen.

§ 67 Abs. 4 StGB. widerspricht demnach nicht dem Satze, daß ein Strafanspruch nicht verjähren kann, solange er noch nicht besteht. Dieser Satz ist vielmehr als richtig anzuerkennen.

Ich komme hier zu dem schon früher (§ 14 hier) angekündigten, aus § 69 StGB. zu ziehenden Beweise für die prozeßrechtliche Natur des Strafantrages: Wenn die Verjährung, wie eben dargetan, nur eintreten kann bei strafbaren Handlungen und wenn § 69 StGB. bestimmt, die Verjährung bei Antragsdelikten laufe, beginne also auch zu laufen, vor Stellung des Antrages,

so müssen doch Antragsdelikte schon vor dieser Stellung strafbar sein.

§ 23.

Die herrschende Meinung.

Die Begründung des Vorentwurfs (396) bezeichnet es als die vorherrschende Meinung, daß die Verjährung den staatlichen Strafanspruch zum Untergange bringt und verteidigt hiermit auch die Unterbringung der Normen über die Verjährung in dem materiellen Strafrecht.

So sind denn auch Vertreter der materiellrechtlichen Natur der Verfolgungsverjährung insbesondere folgende Rechtslehrer:

Heinze (in Holtzendorff Bd. 2, 609 ff.), Hälschner (695 und 704) sowie Liszt (294 ff.) gehen von dem Satze aus, daß die Rechtsordnung berufen ist, alle Tatsachen zu beherrschen; wenn diese sich aber ausnahmsweise der Herrschaft nicht fügen, so muß in diesem Falle umgekehrt das Recht sich den Tatsachen fügen, also ein Delikt, das tatsächlich während einer langen Zeit straflos geblieben ist, muß nach Ablauf der Zeit auch für die Rechtsordnung als ein nicht zu bestrafendes gelten, mit anderen Worten, es ist alsdann der Strafanspruch des Staates erloschen.

Denselben Gedankengang verfolgt Meyer-Allfeld (284 ff.), er zieht ebenso wie Finger (a. a. O.) zur Unterstützung der Ansicht, daß die Verjährung Anspruchsverjährung sein müsse, die Erwägung des schwindenden Reaktionsbedürfnisses heran.

Schmidt (44) sagt einfach, die Schuld werde durch Zeitablauf gesühnt und damit erlösche die Strafbarkeit.

Francke (27) kommt zu dem hier vertretenen Ergebnis, indem er darauf hinweist, daß ein verjährter Anspruch im Strafrechte keine Bedeutung mehr habe und daher für das Recht untergegangen sein müsse.

Samuely (5) vertritt denselben Standpunkt ohne nähere Angabe von Gründen.

Loening (379—381 und 432 ff.) kommt zu dem Ergebnis,

daß die Verjährung der Strafverfolgung materiellrechtlicher Natur sei, weil er Strafverfolgung und Strafprozeß unterscheidet, das Rechtsverhältnis des letzteren erst beginnen läßt mit dem Prozeßeröffnungsakt und das Recht zur Strafverfolgung gleichstellt dem materiellen Strafanspruche des Staates.

Bennecke-Beling (219) weist die Strafverfolgungsverjährung als Strafaufhebungsgrund dem Strafrechte zu, dies ergäbe sich aus dem Grundgedanken dieser Einrichtung, daß eine Strafe, die nicht der Tat bald folge, ungehörig sei.

v. Kries (8) meint, es sei nicht abzusehen, weshalb das Gesetz den mit der Verjährung beabsichtigten materiellrechtlichen Erfolg erst auf einem prozessualen Umwege sollte erreichen wollen, auch sei die Abstufung der Verjährungsfristen bei einer prozeßrechtlichen Natur des Institutes nicht zu erklären.

Wenn einige dieser Schriftsteller von dem Erlöschen der Strafbarkeit sprechen, so mag dies, wie Loening (433) bemerkt, ein unzutreffender Ausdruck sein, in der Sache gemeint ist alsdann das Erlöschen des Strafanspruches.

In der Rechtsprechung wird der hier vertretene Standpunkt geteilt von den Oberlandesgerichten Colmar (nach Soergel-Krause 2. Jahrg. 267), Hamburg (Goltd. Arch. 38, 218), Cöln (Goltd. Arch. 50, 444) sowie nach Schmidt (45) von dem Kammergerichte und den Oberlandesgerichten Celle, Hamm, Königsberg, Marienwerder, München, Naumburg, Oldenburg, Rostock und Stettin.

§ 24.

Vertretung der prozeßrechtlichen Natur.

Daß die Normen über die Verjährung lediglich dem Prozeßrechte angehören, wird gleichfalls in Rechtslehre und Rechtsprechung behauptet.

Binding (Lehrb. 822 ff.) vertritt den Standpunkt, daß nur das Strafklagerecht (Recht des Gerichts auf Strafzuerkennung)

untergehe, weil der gesetzgeberische Grund der Einrichtung nur in der mit der Zeit eintretenden Erschwerung des Beweises liege.

Derselben Ansicht scheint auch Berner (310 ff.) zu sein.

Rüdorff-Stenglein (Anm. 2 und 3 zu § 66) nimmt ebenfalls den rein prozeßrechtlichen Charakter der Verjährung an, ohne dies näher zu begründen.

Gegen Binding's Auffassung glaube ich dargetan zu haben, daß die Tatsache der Beweisvergänglichkeit für sich allein die Einführung einer Verfolgungsverjährung in der Weise, wie dies vom Gesetze geschehen ist, nicht zu rechtfertigen vermag. Übrigens nimmt Binding bei der Strafvollstreckungsverjährung Untergang des staatlichen Strafanspruchs an, die Zusammenfassung beider Arten der Verjährung in § 66 StGB. spricht aber, wie schon ausgeführt, dafür, daß beide Arten auf demselben Grundgedanken beruhen.

Von der Rechtsprechung stehen, soviel ich ermitteln konnte, Urteile der Oberlandesgerichte Hamm und Posen (vgl. Schmidt 43/44) auf dem Standpunkt, daß die Vorschriften über die Verjährung nur das Prozeßrecht betreffen. Wenn in diesen Urteilen ausgeführt wird, daß die Verjährung das Delikt als strafbare Handlung bestehen lasse, so wird damit nicht widerlegt, daß die Verjährung den Strafanspruch aus der allerdings bestehen gebliebenen Tat betrifft.

§ 25.

Vertretung der gemischtrechtlichen Natur.

Verbreitet ist endlich eine dritte Auffassung, die der Verfolgungsverjährung einen gemischtrechtlichen Charakter zuspricht; es soll sich handeln um eine materiellrechtliche Vorschrift in prozessualem Gewande.

Hauptvertreter dieser Ansicht ist Risch (GerS. 36, 241 ff. und ZStW. 9, 235 ff.): Die Verfolgungsverjährung tilge allerdings ihrem inneren Grund und Wesen nach den materiellen

Strafanspruch, unmittelbar hindere sie aber die prozeßrechtliche Aktion.

Olshausen (Anm. 4 und 5 zu § 66 StGB.) führt aus, durch die Verjährung sei der materielle Strafanspruch erloschen, dies Erlöschen habe aber in § 66 StGB. einen prozessualen Ausdruck erhalten.

Frank (II zu § 66 StGB.) betont, daß Verfolgungs- und Vollstreckungsverjährung aus demselben Gesichtspunkte zu behandeln seien, die Annahme einer bloßen Tilgung des Strafklagerechts auf die Vollstreckungsverjährung nicht passe, daß daher bei beiden Arten der materiellrechtliche Charakter in den Vordergrund zu stellen sei, da aber der § 66 StGB. nicht nur die Verurteilung, sondern schon die Verfolgung untersage, bilde die Verfolgungsverjährung auch eine negative Prozeßvoraussetzung.

Das Reichsgericht insbesondere verwendet den gleichzeitig materiell- und prozeßrechtlichen Charakter der Normen über die Verfolgungsverjährung. Von den zahlreichen Entscheidungen über die Frage betont die in ERG. 41, 167 wohl am meisten die prozeßhindernde Wirkung der Verjährung; hier ist gesagt, daß bei vorliegender Verjährung das Verfahren einzustellen sei, auf der anderen Seite bestimmen aber die Entscheidungen in Goltd. Arch. 47, 159 und RGRspr. 4, 596), daß im Falle der Verjährung auf Freisprechung zu erkennen sei. Die materiellrechtliche Natur heben hervor die Entscheidungen ERG. 45, 159; 30, 31; 12, 436. Hiernach erscheint die Schlußfolgerung wohl zulässig; daß auch das Reichsgericht in der Verfolgungsverjährung ihrem inneren Wesen nach eine Einrichtung des materiellen Strafrechts anerkennt, die nur prozessuale Nebenwirkungen hat.

Der gleiche Standpunkt ist vertreten in den Urteilen der Oberlandesgerichte Jena (DJZ. 1905, 704), Rostock (Zeitschr. für das Deutsche Gerichtssekretariat 1908, 198) und Cöln (Rhein. Arch. 94, 167).

Die Annahme eines gemischtrechtlichen Charakters der

Verfolgungsverjährung muß ich nach dem in der Einleitung (§ 6) Ausgeführten auch hier ablehnen, und da Rechtslehre und Rechtsprechung, soweit sie einen Doppelcharakter annehmen, über die materiellrechtliche Grundlage der Einrichtung und damit über ihr wirkliches Wesen einig sind, so bedarf es keiner weiteren Darlegungen.

Wenn Olshausen und Frank sich übrigens auf den Wortlaut der Bestimmungen im Strafgesetzbuche berufen, so kann ich auch hier auf meine Darlegungen in diesem Abschnitt unter § 22 verweisen.

Es sei hier noch besonders folgendes hervorgehoben: Nach Oetker (313) wirkt das doppelte Fundament der Verfolgungsverjährung (absterbendes Strafbedürfnis und Beweisvergänglichkeit) auf ihre juristische Konstruktion entscheidend ein, weil der eine Grund auf materielles, der andere auf prozeßrechtliches Gebiet hinweist. Den gleichen Gedankengang findet man bei v. Bar (386 ff.). Diese beiden Schriftsteller lassen aber für den hier im Hinblick auf § 380 StPO. allein in Betracht kommenden Fall, daß es wegen der verjährten Tat bereits zum Urteil gekommen ist, die Wirkung der Verjährung als einer Prozeßvoraussetzung in Wegfall kommen, stehen also für diesen Fall auf dem hier vertretenen Standpunkte.

§ 26.

Einzelvorschriften.

Nach dem Ausgeführten verletzt der Instanzrichter, indem er zu Unrecht das Vorliegen einer Verfolgungsverjährung bejaht oder verneint, in § 66 StGB. eine „andere Norm“ im Sinne von § 384 StPO., denn er verneint oder bejaht damit die dem materiellen Recht angehörige Fortexistenz des staatlichen Strafanspruchs; eine Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren im Sinne von § 380 StPO. liegt also in diesem Falle nicht vor.

Zu seinem Urteile, nämlich Bejahung oder Verneinung der Verjährung, kann der Richter nun nur gekommen sein, in An-

wendung der für die Verfolgungsverjährung gegebenen Spezialvorschriften, diese Sondervorschriften bestimmen in § 67 Abs. 1 bis 3 StGB. die Verjährungsfristen nach Maßgabe der Dreiteilung der Delikte, in § 67 Abs. 4 StGB. den Anfangspunkt der Verjährung, in §§ 68 StGB. 453 Abs. 4 und 459 Abs. 3 StPO. die Unterbrechung, in § 69 StGB. das Ruhen der Verjährung.

Diese Einzelvorschriften geben Anlaß zu den verschiedensten Streitfragen, beispielsweise über den Beginn der Verjährung bei Delikten, zu deren Strafbarkeit das Hinzutreten eines äußeren Umstandes gehört, bei den gewerbs- und gewohnheitsmäßigen und bei den fortdauernden Delikten, über die Erfordernisse einer Unterbrechungshandlung sowie über die Wirkung einer Unterbrechung bei Teilnahme. Eine Stellungnahme zu diesen Fragen liegt außerhalb der Aufgabe.

Nach den Ausführungen, wie ich sie entsprechend zum Strafantrage versucht habe, ist aber auch nicht zu prüfen, welcher Natur die angeführten Einzelvorschriften für sich betrachtet sind; denn auch diese Vorschriften dienen nur zur Beantwortung einzelner Vorfragen, die erledigt werden müssen, um zur Entscheidung über die endliche Frage zu gelangen, ob der staatliche Strafanspruch infolge der Verjährung erloschen ist oder nicht. Im Sinne des § 380 StPO. sind also sämtliche Einzelvorschriften über die Verjährung keine Rechtsnormen über das Verfahren.

An diesem Ergebnis wird, wie in der Einleitung (§ 7) bemerkt, nichts geändert, wenn eine Verletzung der Verjährungsvorschriften zustande gekommen ist infolge eines Irrtums des Instanzrichters auf dem Gebiete der prozeßrechtlichen Normen, als Beispiel diene hier eine falsche Beurteilung prozessualer Vorgänge bei einer Unterbrechung der Verjährung (vgl. ERG. 12, 434).